

Édito

L'avenir des retraites est évidemment la priorité de notre activité syndicale. Chacun mesure les acquis du travail déjà réalisé par la CGT en matière d'explication, de recherche de l'unité, mais aussi le chemin à accomplir pour une mobilisation à hauteur des enjeux.

Comme à son habitude, le gouvernement entend aussi profiter de cette situation pour faire passer « en douce » quelques autres reculs sociaux de grande ampleur. Ainsi le rapport RICHARD, enfin publié le 26 mai dernier, annonce clairement la suppression de l'élection prud'homale au suffrage universel et son remplacement par un système alambiqué de « *grands électeurs* », éventuellement assorti de la création d'une sixième section prud'homale dédiée aux salariés des TPE. Dans le même temps, le projet de loi sur la représentation des salariés de ces entreprises, copie conforme des revendications du MEDEF, est encore affaibli par les amendements votés au Sénat : va-t-on entériner un droit du travail à deux vitesses où les salariés des TPE, souvent les plus mal lotis, seront aussi soumis à une représentation au rabais et à une justice « *ad hoc* » tenant évidemment compte des « *contraintes* » pesant sur les pauvres petites entreprises ?

C'est donc sur plusieurs fronts que notre activité devra se déployer dans les prochaines semaines. Comme on le verra dans ce numéro, il y a quand même quelques facteurs d'optimisme et des résultats tangibles de l'action juridique, qu'il s'agisse des travailleurs sous-traitants, du combat pour la défense des libertés à l'entreprise ou de la mobilisation du droit européen.

Philippe MASSON

Responsable du Collectif national DLAJ

« TRAVAILLER PLUS POUR GAGNER PLUS » : UN PREMIER BILAN

On se souvient de ce slogan de campagne du candidat SARKOZY et de sa mise en œuvre par la loi TEPA « *en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat* » du 21 août 2007, défiscalisant le recours aux heures supplémentaires, autorisant le rachat des jours de RTT, etc. La DARES vient d'en dresser un premier bilan. Dur, dur ! « *Une minorité d'entreprises employant 20% des salariés des secteurs concurrentiels ont augmenté leur recours aux heures supplémentaires* ». « *Le recours aux dispositifs de rachat de jours de congés a, pour sa part, été modeste* ». Ces mesures n'ont pas davantage profité aux salariés à temps partiels qui forment l'essentiel des « *travailleurs pauvres* » : ils n'ont réalisé en moyenne que 17 heures complémentaires annuelles alors que la moyenne des heures supplémentaires pour les salariés à temps plein se situe à 49. Et l'explication fournie par l'étude ne surprendra pas nos lecteurs : « *la très grande majorité des entreprises qui ont déclaré ne pas avoir augmenté leurs recours aux heures supplémentaires le justifient par un manque de dynamisme de leur activité* ». Il est une fois de plus démontré que la déréglementation, l'empilage des procédures dérogatoires et des exonérations fiscales n'ont pas la moindre vertu économique. A quand un bilan du volet « *temps de travail* » de la loi du 20 août 2008 ?

(DARES, Analyses mai 2010—n° 029.)

Ce bulletin est diffusé par mail.

- ▶ **Merci d'en assurer la diffusion auprès des militant-e-s intéressé-e-s.**
- ▶ **Pour le recevoir directement faites connaître votre mail au Collectif DLAJ en précisant vos responsabilités syndicales.**

Dans ce numéro :

- ▶ Notre dossier : les chartes éthiques.
- ▶ Actualité : les sous-traitants ; le reclassement à l'étranger.
- ▶ Du côté de l'Union européenne.

NOTRE DOSSIER : LES CHARTES ÉTHIQUES

Introduction

Qu'est-ce qu'une charte éthique ?

Les chartes éthiques sont un vrai casse-tête juridique car elles regroupent pêle-mêle de simples déclarations de valeurs, des engagements de l'employeur, des obligations posées aux salariés, des mesures déclaratives et des mesures contraignantes, parmi lesquelles certaines concernent les salariés, d'autres les dirigeants de l'entreprise, ses actionnaires, ses fournisseurs, ou encore ses partenaires.

Il existe différentes appellations qui ne sont en principe pas interchangeables : ce type de document peut s'intituler « charte éthique », « guide de déontologie », ou encore « code de conduite ».

En principe, un **code de déontologie** renvoie à un ensemble de règles éthiques applicables à une **profession** et qui s'imposent dans les rapports entre les membres de la profession et à l'égard des clients ou du public (exemple : codes de déontologie des médecins, des avocats, de la police nationale, des journalistes). Ils sont le plus souvent élaborés par des ordres professionnels et repris par des décrets (exemple : code de déontologie des kinésithérapeutes). Mais ils peuvent également émaner de normes privées (exemple : code de déontologie des psychologues).

Il est à la mode d'édicter de tels codes de déontologie dans le secteur privé, que l'entreprise ait ou non une mission de service public, afin de promouvoir l'image de l'entreprise dans l'opinion publique ou dans le but de lier les salariés à ses objectifs. Ils n'ont absolument pas la même valeur juridique que les codes de déontologie repris par un décret auxquels nous venons de faire référence ci-dessus, car ces derniers ont une nature publique et non privée.

Les chartes éthiques (ou **codes de conduite**) renvoient quant à elles à l'action de chaque **individu**. Elles établissent les conduites que doit adopter chaque salarié dans son travail. Elles posent un ensemble d'obligations individuelles en direction des salariés, établies à partir de valeurs que l'entreprise prétend promouvoir dans son fonctionnement.

Parmi les clauses issues des chartes éthiques les militants devront faire le tri entre :

- Les clauses servant d'**outil de communication** pour afficher le respect de certaines valeurs dans l'entreprise. Ce type de clause est essentiellement destiné aux tiers : pouvoirs publics, usagers, clients, opinion publique, sous-traitants... L'entreprise va alors prétendre défendre la transparence de gestion, le refus du travail des enfants etc. Nous ne traiterons pas de ce type de clause dans cet article car, même si elles sont empreintes d'hypocrisie et servent de caution morale à l'entreprise, elles ne comportent pas d'obligations pour les salariés.

- De manière moins fréquente certaines de ces clauses, selon la façon dont elles sont formulées, constituent un **engagement unilatéral** de l'employeur. Elles peuvent engager l'employeur envers les tiers (lutte contre la pollution etc.), ou envers les salariés eux-mêmes qui peuvent alors en réclamer l'application (engagement en matière de reclassement, de formation etc.).
- Les clauses qui ne créent pas d'obligations pour le salarié mais qui pourraient lui porter préjudice : c'est par exemple le cas de clauses discriminantes. C'est aussi le cas des dispositifs d'**alerte professionnelle** qui instaurent un système facultatif de délation.
- Les clauses qui créent des obligations à l'égard du salarié et relèvent du domaine du **règlement intérieur** (pouvoir disciplinaire de l'employeur).
- Les clauses qui créent des **obligations** mais ne relèvent pas du domaine du règlement intérieur. Cela peut être selon la circulaire de la direction générale du travail des consignes décrivant des fonctions ou le fonctionnement de l'entreprise (ex : utilisation du standard), des clauses visant à prévenir des conflits d'intérêts (ex: obligation d'information de l'employeur sur les activités concurrentes exercées par un conjoint).
- Enfin les clauses qui semblent créer des obligations à l'égard du salarié mais qui ne font que rappeler des **obligations préexistantes** légales, conventionnelles, contractuelles ou issues du règlement intérieur. Exemple d'obligation légale : l'interdiction de corruption des fonctionnaires. Exemple d'obligation issue du contrat de travail : l'obligation de loyauté. L'objectif de la référence à ces obligations déjà existantes est non seulement de créer une pression supplémentaire sur les salariés mais également de sortir ces obligations du cadre des règles habituelles (légales, contractuelles...) pour les insérer dans des chartes aux contours juridiques très flous. Attention également aux clauses qui s'apparentent fort à des obligations légales ou contractuelles préexistantes alors qu'elles viennent rajouter des obligations. Par exemple, une obligation de loyauté n'implique pas que le salarié doive adopter en public en-dehors de ses activités professionnelles un comportement particulier.

Quelle est la nature juridique des chartes éthiques ?

La charte éthique est le plus souvent un **acte unilatéral** de l'employeur. Les clauses qui créent des obligations aux salariés peuvent relever du pouvoir disciplinaire de l'employeur, et constituent alors une adjonction au règlement intérieur. Les clauses qui créent des obligations ne relevant pas du domaine du règlement intérieur mais de « l'éthique », peuvent tout de même, selon le ministère du travail suivi en cela par la jurisprudence actuelle, s'imposer aux salariés et fonder une sanction, car ces obligations relèvent du **pouvoir de direction** de l'employeur.

En tant qu'acte unilatéral, la charte n'est donc pas négociée avec les délégués syndicaux. Dans l'hypothèse où la charte serait négociée avec les syndicats, elle acquerrait la portée juridique d'un accord collectif.

Très souvent l'employeur présente la charte comme n'ayant aucune portée juridique. Mais en réalité ces chartes ont souvent des formulations ambiguës qui laissent à penser qu'elles pourront faire grief au salarié. Une charte éthique non contraignante utilise des formules telles que « souhaite », « encourage », « favorise » etc. Mais la plupart du temps les chartes ont pour objectif d'imposer ou d'interdire au salarié tel ou tel comportement (respect des normes et règlements, interdiction des conflits d'intérêts, acceptation de cadeaux par les clients, confidentialité, bonne utilisation des technologies informatiques...). Certaines chartes vont jusqu'à prescrire des comportements à l'extérieur de l'entreprise : prudence dans les discussions en famille, devoir de réserve...

I - Les chartes sont-elles licites ?

Après avoir cité les différentes catégories de chartes selon leur appellation, leur contenu et de leurs destinataires, la question se pose de savoir si elles sont licites. ⁽¹⁾

A quelles conditions légales celles qui créent des obligations aux salariés, plus ou moins impératives, doivent répondre pour être « validées par le juge compétent, voire l'inspecteur du travail.

Et surtout permettre aux salariés, au syndicat, aux élus du personnel de pouvoir apprécier si la charte ou le code édicté par le groupe ou l'entreprise est critiquable et sur quels points.

A défaut d'une législation spécifique aux chartes et codes d'alerte professionnelle, applicables aux salariés, une circulaire du ministère du Travail, la CNIL, la doctrine, le premier arrêt de cassation concernant Dassault Systèmes⁽²⁾ considèrent ou semblent considérer qu'une charte qui édicte des obligations, des prescriptions aux salariés relève du pouvoir de direction de l'employeur.

Ce pouvoir, on le sait, découle de la propriété privée capitaliste de l'entreprise, de l'existence du lien de subordination qui caractérise la relation du travail.

L'exercice du **pouvoir de direction** serait donc le fondement de ces chartes, leur justification.

Le pouvoir de direction a pour corollaire le pouvoir disciplinaire qui fait l'objet d'une législation précise (articles L.1321-1 à 1334-1 inclus) autour de son expression le **Règlement intérieur (RI)**.

M. Bernard ALDIGÉ, avocat général à la Cour de cassation dans l'affaire Fédération de la Métallurgie CGT c/ Dassault Systèmes commence ses observations, ainsi :⁽³⁾

« S'il est aisé de définir le cadre juridique du litige pour les textes relatifs aux droits et libertés dans l'entreprise, dont la violation est alléguée, il n'en est pas de même pour les chartes d'éthique ou codes de conduite des affaires. »

« Au carrefour du droit et de l'éthique, ils (chartes ou codes) ne forment pas une catégorie juridique propre... »

« Si leur définition et leur objet ne prête guère à discussion, il n'en est pas de même de leur régime juridique ».

L'avocat général prend la définition du Code de conduite donnée par la circulaire ministérielle n° 2008-22 du 19 novembre 2008. (Alors qu'une circulaire n'a aucune valeur juridique obligatoire et ne s'impose pas au juge.)

Le code serait un instrument de gestion de l'entreprise, et selon la circulaire du ministère du Travail (n° 2008-22 du 19 novembre 2008.)

« Un outil permettant à l'inverse du règlement intérieur dont le champ est légalement limité, de réunir en un document, selon un contenu et un degré de précision variables, les engagements et obligations respectifs de l'employeur et des salariés dans le cadre de l'exécution du contrat de travail, ils sont parfois accompagnés de la mise en place d'un dispositif d'alerte professionnelle. » (Page 2 de la circulaire.)

Le ministère du Travail rappelle à juste titre que le pouvoir de direction de l'employeur est soumis au respect des principes généraux relatifs aux droits et libertés dans l'entreprise (articles L.1121-1 et L.1321-1 du Code du travail), sous le contrôle du juge. Qu'il peut s'exprimer au travers du Règlement intérieur, des notes de service, du contrat de travail, et ... par des codes de conduite ou codes d'éthique. C'est en effet une certaine nouveauté sur laquelle le ministère s'engage résolument.

La circulaire rappelle que le Conseil d'État dans un arrêt du 11 juin 1999, arrêt Chicard, n°195706, a reconnu un pouvoir normatif à l'employeur en dehors de la législation applicable au Règlement intérieur. En l'espèce, il s'agissait d'une note de service portant sur d'autres questions que celles qui relèvent du RI (article L.1321-1 du Code du travail) et qui échappe, même si elle est soumise à l'article L.1121-1 ou L.1321-1, aux prescriptions et à la procédure applicable au RI.

C'est une dérogation au principe qui régit le pouvoir disciplinaire de l'employeur, corollaire du pouvoir de direction, qui l'autorise à édicter des règles de conduite au travail, générales et permanentes ou ponctuelles, et les sanctions applicables en cas de violation par le salarié.

Mais on n'est plus dans le domaine disciplinaire ; il s'agit de **prescriptions dites éthiques** ou déontologiques.

Et c'est cette démarche qui est à notre sens critiquable. En quoi faudrait-il qu'en plus du pouvoir disciplinaire l'employeur dispose d'un « pouvoir éthique ou déontologique » ?

En l'état, on se trouve selon l'expression de Jérôme PORTA⁽⁴⁾ face à un nouvel instrument du pouvoir de l'entreprise « à la frontière entre normativité juridique et managériale ».

La première jurisprudence intervenue à propos de l'affaire Dassault Systèmes⁽²⁾ a permis de préciser les conditions de validité des chartes de bonne conduite et d'a-

lerte professionnelle ; notamment sous la plume de l'avocat général Bernard ALDIGÉ⁽³⁾ et des auteurs de la doctrine.⁽⁵⁾

Afin d'aborder la question de la légalité des chartes, nouvelle modalité d'exercice du pouvoir de direction, il est nécessaire d'envisager deux questions :

- ▶ Les chartes sont soumises au respect des droits fondamentaux relatifs aux droits et libertés des salariés dans l'entreprise et comme telles relèvent du pouvoir de contrôle du juge.
- ▶ Quand y a-t-il interférence ou autonomie de la charte et du règlement intérieur ; quelles sont les règles applicables dans les deux cas ?

La première démarche est après lecture attentive de déterminer le contenu des obligations visant les salariés d'une charte « mixte » ou d'une charte à destination des seuls salariés pour déterminer :

- s'il l'on est en présence de dispositions entrant dans le champs de compétences du règlement intérieur,
- ou si l'on est face à des dispositions hors RI.

Si l'on est dans le 1^{er} cas, partie ou totalité des clauses sont assimilées à un RI ou constituent une adjonction. Elles doivent obéir à la législation relative au RI.

Face à une charte « d'éthique » en totalité ou en partie des conditions de validité s'imposent que nous allons brièvement indiquer.

Peu de décisions judiciaires ou administratives sont intervenues pour qualifier une charte d'adjonction au RI.

La Cour de cassation a jugé que lorsque le code de bonne conduite ne fait que rappeler les règles contenues dans le RI, il s'analyse en modalité d'application du Règlement et non en adjonction au RI (Cass. soc. 28 mai 2008, n° 07-15744).

Quoi qu'il en soit cette pratique visant à suppléer, compléter ou interpréter le RI relève selon nous d'une démarche critiquable. C'est l'opinion exprimée par M. Bernard ALDIGÉ dans son avis publié à la Semaine sociale Lamy (p. 2) :

« L'assimilation de principe est critiquable, le règlement intérieur étant, aux termes de l'article L.1121-1 du Code du travail, limité dans son domaine et ce, dans l'intérêt des salariés, l'employeur est, en effet, lié dans le choix de la sanction qu'il souhaite prononcer en cas de violation du règlement intérieur. »

Le respect des droits fondamentaux dans l'exercice du pouvoir de direction patronale.

Les chartes de bonne conduite, d'éthique, comme les chartes d'alerte professionnelle, (sur lesquelles nous reviendrons plus loin), le RI, sont soumises au respect des textes relatifs aux droits et libertés des salariés dans l'entreprise.

L'article L.1121-1 du Code du travail, issu de la loi du 4 août 1982 relative aux « libertés des travailleurs dans l'entreprise » stipule :

(...) « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restric-

tions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché » ;

Et l'article L.1321-3 2° précise relativement au règlement intérieur :

« Le règlement intérieur ne peut contenir des dispositions apportant aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ».

Le principe qui régit l'exercice du pouvoir de direction de l'employeur, qu'il s'exerce par une charte d'éthique, de bonne conduite ou d'alerte professionnelle (à condition qu'elle comporte des obligations faites aux salariés), ou par un RI, une note de service, des clauses du contrat de travail se décompose ainsi.

L'employeur peut apporter certaines restrictions aux droits et libertés du salarié mais elles doivent être justifiées par le but poursuivi, l'intérêt de l'entreprise, et proportionnées à ce but.

Qu'on analyse les clauses d'un RI ou d'une charte on applique en quelque sorte le même raisonnement découlant des articles L.1121-1 et L.1321-3, 2° précités.

Quel est l'objectif, l'intérêt de l'entreprise poursuivi. Est-il légitime, légal ? Est-il suffisamment précis et clair, comme les limitations et restrictions aux droits et libertés des salariés ?

Un intérêt trop vague ou général, des restrictions illimitées ou générales ne permettant pas au juge d'exercer son contrôle peuvent entraîner l'illicéité et l'annulation (Cass. soc. 9 juin 1998, n° 95-45019).

Le règlement intérieur

Le contenu du RI est défini par la loi. L'article L.1321-1 du Code du travail, énumère les trois domaines, les trois champs sur lesquels il peut intervenir. Le pouvoir normatif de l'employeur est en quelques sorte limité, encadré par la loi.

(...) Le règlement intérieur est un document écrit par lequel l'employeur fixe exclusivement :

- *les mesures d'application de la réglementation en matière d'hygiène et de sécurité (...);*
- *les conditions dans lesquelles les salariés peuvent être appelés à participer, à la demande de l'employeur, au rétablissement des conditions de travail protectrices de la sécurité et de la santé des salariés dès lors qu'elles apparaîtraient compromises;*
- *les règles générales et permanentes relatives à la discipline, et notamment la nature et l'échelle des sanctions que peut prendre l'employeur. » (Article L.1321-1 du Code du travail).*

Cette énumération comporte à la fois des dispositions précises et des zones d'ombre. Elles ont pu inciter les employeurs à multiplier des interdictions, à imposer des obligations contestables, illicites. L'inspection du travail

et le juge interviennent pour préciser, contrôler le contenu donné aux trois champs du RI.

Les règles générales et permanentes ou ponctuelles relatives à la discipline concernent certaines clauses, en excluent d'autres.

Parmi les clauses disciplinaires admises, on peut citer les clauses relatives à l'obligation de respect des horaires, de prévenir en cas d'absence ou de retard, de solliciter une autorisation d'absence, d'interdiction de voler des objets appartenant à l'entreprise, etc.

En revanche, d'autres questions ne relèvent absolument pas de la discipline : durée de l'essai, obligation de non concurrence ou de mobilité, retraite, primes d'assiduité, heures supplémentaires. Utilisation des crédits d'heures par les représentants du personnel, clauses par lesquelles l'employeur décline toute responsabilité en cas de perte ou de vol dans les armoires vestiaires et parcs de stationnement, etc.

Le principe est qu'aucune autre matière que celles limitativement incluses dans l'énumération légale ne peut faire l'objet d'une règle disciplinaire. Elle doit être annulée (Cass. soc. 12 décembre 1990 et Cass. soc. 25 juin 1987).

On sait que le Code du travail définit la procédure d'élaboration du RI, l'obligation de consulter pour avis le CE, à défaut les DP et le CHSCT, les droits de la défense des salariés, les sanctions encourues en cas de violation des prescriptions, les recours, tant auprès de l'inspection du travail qu'auprès des tribunaux.

Le RI ne peut contenir de clauses contraires aux lois et règlements, ainsi qu'aux dispositions et conventions et accords collectifs de travail applicables dans l'entreprise ou l'établissement, sous peine d'encourir l'annulation (articles L.1321-3 et L.1321-5).

Le RI se doit de rappeler l'interdiction du harcèlement professionnel et sexuel (articles L.1321-2, 2°).

Charte purement « éthique »

La charte ou le Code de bonne conduite ou d'éthique peut ne contenir que des prescriptions étrangères au RI.

Dans la mesure où elles concernent en général des questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise, chartes et codes doivent être soumis à la consultation et à l'avis du CE (article L.2326-6 du Code du travail) ou à défaut des DP.

Il conviendra dès lors d'analyser soigneusement chaque clause pour vérifier qu'elles ne portent pas atteinte aux droits et libertés des salariés.

Répetons-le, les clauses d'une charte ne peuvent contrevenir aux droits et libertés des salariés, ni au principe de non discrimination. Plus exactement l'employeur peut apporter des restrictions aux droits et libertés des salariés, mais obligatoirement justifiées et proportionnées.

Ainsi en est-il du respect de la vie privée, de la vie familiale du salarié, des droits de la personne (exemples : tenue vestimentaire, correspondance, interdiction de discrimination, de harcèlement, respect de la dignité, etc.).

De la séparation entre la sphère de la vie privée et de la vie professionnelle (la condamnation pour un fait de la vie personnelle ne peut en principe constituer une faute justifiant un licenciement).

Des libertés individuelles du salarié (liberté religieuse, liberté syndicale, d'appartenance à un parti, liberté d'expression et droit d'expression, grève).

Des droits et libertés collectifs (droit syndical, grève, manifestation, droit d'expression, etc.).

L'arrêt Dassault Systèmes est intéressant en ce que la charte de conduite des affaires et du système d'alerte professionnelle portait atteinte, selon la Cour de cassation à la liberté d'expression du salarié et au droit d'expression. Pour rappel, la liberté d'expression est une liberté individuelle que les individus peuvent faire valoir dans comme hors de l'entreprise. Elle est protégée au sein de l'entreprise par l'article L.1121-1 du Code du travail (cité ci-dessus). Le droit d'expression est quant à lui un droit collectif reconnu à la collectivité des salariés au sein de l'entreprise. Il est garanti par l'article L.2281-1 du Code du travail : « *Les salariés bénéficient d'un droit à l'expression directe et collective sur le contenu, les conditions d'exercice et l'organisation de leur travail* ».

II – Les alertes professionnelles

Les chartes éthiques contiennent fréquemment des dispositifs d'alerte professionnelle, mais ces derniers peuvent également être indépendants des chartes éthiques, ce qui ne change strictement rien à leur régime juridique. Ces alertes professionnelles se sont développées à grande vitesse dans les firmes internationales, sous l'impulsion d'une loi américaine dite « Sarbanes-Oxley » de 2002, qui a imposé à toutes les sociétés cotées en bourse sur le marché américain d'instaurer un tel dispositif. De plus, une loi du 13 novembre 2007 (n° 2007-1598) relative à la lutte contre la corruption étend le champ des actes de corruption pénalement répréhensibles et protège le salarié qui a dénoncé de tels actes.

La Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), chargée de vérifier la conformité des systèmes informatiques à la loi française « informatique et libertés » du 6 janvier 1978 modifiée le 6 août 2004, avait au départ adopté une position de principe contre les alertes professionnelles, dénoncées par les syndicats comme un système de délation organisé et une manière de court-circuiter les institutions représentatives du personnel. Une délibération de la CNIL du 8 décembre 2005 est revenue sur cette opposition de principe, afin de permettre aux filiales françaises cotées en bourse aux États-Unis de se mettre en conformité avec les lois américaines.

En-dehors de cette délibération, aucun dispositif légal unifié ne vient encadrer ces alertes professionnelles qui n'en restent pas moins soumises à divers textes (principalement le code du travail et la loi « informatique et libertés »). Si quelques tribunaux de grande instance ont statué sur la légalité de ces dispositifs d'alerte, la Cour de cassation a rendu à ce jour un arrêt unique sur la

question datant du 8 décembre 2009, à propos d'un dispositif d'alerte professionnel prévu dans la charte éthique de l'entreprise Dassault systèmes.

Qu'est-ce qu'un dispositif d'alerte professionnelle ?

C'est un dispositif qui permet aux salariés de dénoncer, anonymement ou non, des faits qui peuvent affecter gravement l'entreprise. Ces systèmes peuvent se matérialiser par un numéro de téléphone que l'on peut appeler pour dénoncer des faits ou encore une adresse mail. Un responsable de l'alerte professionnelle est alors censé enquêter pour vérifier les faits et décider de la suite à donner à la dénonciation.

Les critères posés par la délibération de la CNIL

La loi « informatique et libertés » du 6 janvier 1978 modifiée impose que les dispositifs d'alerte fassent l'objet d'une déclaration à la CNIL.

Les différents types de déclaration

Il existe deux types de déclaration possible :

- **La déclaration d'engagement** de conformité : c'est une simple déclaration à la CNIL, celle-ci n'exercera donc pas de contrôle sur le dispositif, sauf si par exemple les DP ou les DS venaient à la saisir sur la question. Par cette déclaration, l'employeur fait en quelque sorte la promesse à la CNIL que son dispositif d'alerte remplit les critères posés par sa délibération.
- **L'autorisation préalable.** Dans le cas où le dispositif d'alerte ne remplit pas les critères posés par la CNIL dans sa délibération, l'employeur qui souhaite mettre en place un tel dispositif devra demander une autorisation préalable à la CNIL. Celle-ci exercera donc un contrôle et délivrera (ou non) une autorisation.

On peut toutefois s'interroger sur l'autorisation que donnera la CNIL, qui est une autorité administrative indépendante et n'est donc pas un tribunal. La « jurisprudence » de la CNIL en matière d'alerte professionnelle sera-t-elle souple ? A partir du moment où l'entreprise ne remplit pas les critères de la délibération, quels seront les autres critères de la CNIL pour délivrer ou non une telle autorisation ? En allant plus loin, on peut même se demander quelle est la légitimité de la CNIL pour rendre des autorisations. Quoi qu'il en soit, face à une atteinte aux droits et libertés fondamentaux, le juge judiciaire devrait toujours rester compétent pour juger un acte de droit privé telle qu'une charte éthique.

Les principaux critères posés par la CNIL

- ▶ La CNIL (en application de la loi « informatique et libertés ») considère que le dispositif d'alerte ne nécessite qu'une simple déclaration dès lors que ce dispositif est rendu obligatoire par une règle de droit française ou lorsque l'intérêt légitime de l'employeur le justifie (la CNIL considère que la loi américaine « Sarbanes-Oxley » ouvre un intérêt légitime pour l'employeur coté en bourse aux Etats-Unis) et qu'il concerne uniquement les domaines financier, comptable,

bancaire et de lutte contre la corruption.

Une **autorisation** préalable sera par conséquent nécessaire dès lors que ces critères ne seront pas remplis. Par exemple, dans l'affaire Dassault, les salariés pouvaient utiliser le dispositif d'alerte non seulement pour dénoncer des faits de corruption, ou des malversations financières et comptables, mais également pour dénoncer des faits pouvant mettre en jeu l'intérêt vital de l'entreprise ou l'intégrité physique ou morale d'une personne. Et le dispositif d'alerte professionnel donnait pour exemple la divulgation d'informations confidentielles, le délit d'initié, la discrimination etc. Or, l'employeur se considérant en règle avec les critères de la délibération de la CNIL, s'était contenté d'une simple déclaration auprès de la CNIL. Mais la Cour de cassation l'a entendu d'une autre oreille et a considéré qu'en étendant les possibilités d'alerte professionnelle à des domaines autres que les domaines comptables, financiers, bancaires et de lutte contre la corruption, Dassault devait demander une autorisation à la CNIL et non se contenter d'une simple déclaration (Cass. Soc. 8 décembre 2009, n°08-17191, Dassault Systèmes). Cependant, la CNIL délivrera-t-elle une autorisation lorsque, comme dans le cas Dassault, le système d'alerte dépasse les domaines prévus ? La CNIL précise dans sa délibération qu'elle vérifiera alors au cas par cas la légitimité du dispositif et sa proportionnalité par rapport au but poursuivi. D'autre part, la CNIL a déclaré qu'elle allait tenir compte de cet arrêt Dassault pour réviser son absence actuel de contrôle sur les alertes faisant l'objet d'une simple déclaration.

- ▶ Il serait fastidieux de reprendre tous les critères de la délibération de la CNIL mais il faut savoir qu'ils existent (l'anonymat ne doit pas être encouragé pour éviter la délation, information sur les sanctions dont est passible le dénonciateur de mauvaise foi, droit d'accès et de rectification aux données personnelles, information de la personne faisant l'objet d'une alerte etc.). Dès lors que ces critères ne sont pas remplis, l'employeur devra demander à la CNIL une autorisation pour mettre en œuvre le système d'alerte.

Le non respect de ces formalités auprès de la CNIL rend le dispositif et les preuves recueillies inopposables aux salariés (Cass. Soc. 6 avril 2004, n° 01-45227). Le dispositif est inapplicable tant que l'employeur n'a pas, soit déclaré le dispositif, soit sollicité une autorisation préalable de la CNIL.

La légalité du dispositif d'alerte au regard des autres textes

- ▶ Le système d'alerte professionnelle ne doit pas être contraire aux dispositions sur les **droits et libertés fondamentaux** de l'article L.1121-1 du Code du travail. Par exemple, le dispositif ne doit pas porter atteinte à la liberté d'expression du salarié, au droit à sa vie privée etc.

- ▶ Le système d'alerte ne doit pas court-circuiter les **moyens d'alerte préexistants** dans l'entreprise : les salariés doivent toujours pouvoir saisir les délégués du personnel (qui, en vertu de l'article L.2313-2 du CT, disposent d'un droit d'alerte lorsqu'ils constatent une atteinte aux droits et libertés des personnes), les délégués syndicaux (qui ont pour mission de défendre les intérêts matériels et moraux de leur profession, en vertu de l'article L.2131-1 du CT). Les salariés doivent également toujours pouvoir saisir l'inspecteur du travail pour toutes les infractions à la législation du travail, le procureur de la République pour toutes les infractions pénales (corruption, abus de biens sociaux, discriminations...), et le commissaire aux comptes pour les matières comptables.
- ▶ Le système d'alerte doit toujours être **facultatif** pour trois raisons : tout d'abord, un dispositif obligatoire paraît disproportionné par rapport à l'objectif à atteindre (contraire à L.1121-1 du CT sur les droits et libertés fondamentaux), deuxièmement cela court-circuiterait les institutions représentatives du personnel dont les prérogatives sont d'ordre public, et enfin cela reviendrait à faire peser sur les salariés le respect par les autres membres de l'entreprise des règles de droit alors que c'est à l'employeur de les faire respecter.
- ▶ Celui qui dénonce des faits de corruption doit bénéficier de la **protection légale** (nullité du licenciement prononcé du fait de la dénonciation par le salarié d'un fait de corruption, L.1161-1 du CT).
- ▶ Le dispositif d'alerte doit également respecter les dispositions de la loi « informatique et liberté » de 1978 modifiée notamment le traitement non déloyal et non frauduleux des données, l'interdiction de conservation de données relatives aux origines raciales, opinions politiques, appartenance syndicale etc., le droit d'accès et de rectification des données au profit des salariés, une conservation des données limitée dans le temps...

La procédure d'adoption du dispositif d'alerte

Le CE doit être consulté sur ce dispositif d'alerte, que celui-ci soit ou non inclus dans une charte éthique, au titre de l'instauration d'un système permettant « un contrôle de l'activité des salariés » (L.2323-32 du CT). Il faudra également consulter le CHSCT à partir du moment où la mise en œuvre du dispositif est de nature à engendrer des phénomènes de stress et de harcèlement pour les salariés concernés par les dénonciations anonymes (TGI Nanterre, 27 décembre 2006, n°2006-02550, Dupont de Nemours).⁽⁶⁾

Enfin, il faudra une information individuelle préalable de chaque salarié au titre de la collecte d'informations personnelles à son sujet (L.1222-4 du CT).

Il n'est en revanche pas nécessaire de respecter la procédure propre au règlement intérieur, car le dispositif étant facultatif, cela ne relève pas du domaine de la discipline. Toutefois, l'inspecteur du travail, au titre de sa

compétence générale, pourra vérifier que soient remplies toutes les conditions de licéité (information individuelle des salariés, respect des droits et libertés fondamentaux etc.).

III - Les recours et les sanctions contre les chartes

Après avoir vu les conditions de licéité des obligations « éthiques » et des alertes professionnelles, il faut se demander quels sont les moyens dont disposent les militants et les salariés pour contrecarrer l'application d'une charte.

A - Organiser l'action syndicale

Une bataille syndicale doit être menée dès l'instant où les syndicats et les membres du CE apprennent (notamment par le biais de l'information-consultation du CE) qu'une charte éthique va être adoptée dans l'entreprise. Les militants doivent chercher à informer et mobiliser les salariés : de telles chartes étant généralement ambiguës et insidieuses, il est peu fréquent que le personnel de l'entreprise réagisse spontanément lors de leur mise en place. Il appartient donc aux militants de tirer la sonnette d'alarme, d'informer les salariés sur les dangers potentiels d'un tel document, et d'en dénoncer les aspects négatifs. Les militants devront arbitrer entre deux stratégies syndicales possibles : combattre le principe même de l'adoption d'une charte éthique ou, lorsque la charte est « mixte » (contenant à la fois obligations imposées aux salariés et déclaration d'intention à destination des tiers), se contenter de combattre certaines dispositions.

B - L'information des institutions représentatives du personnel

Tout d'abord le comité d'entreprise doit être consulté sur le projet de charte éthique.

- Si les clauses de la charte entrent dans le champ du règlement intérieur, la procédure applicable à toute adjonction au règlement intérieur doit être respectée (CE, 27 juillet 2005, n° 254600). Le comité d'entreprise (ou à défaut les délégués du personnel) doit donc être consulté et rendre un avis. Le CHSCT doit également être consulté pour les matières relevant de sa compétence. L'employeur doit ensuite communiquer les clauses de la charte relevant du règlement intérieur à l'inspection du travail (L.1321-4 du C.T.). Il doit également les envoyer au secrétariat du conseil de prud'hommes (R.1321-2 du C.T.), puis informer les salariés par voie d'affichage (R.1321-1 du C.T.).

- Si les clauses de la charte ne relèvent pas du champ du règlement intérieur, le CE doit quand même être consulté sur le projet de charte éthique et rendre un avis lorsque ces clauses concernent la marche générale de l'entreprise (L.2323-6 du C.T.). Le CHSCT doit également être consulté si les clauses relèvent de sa compétence (L.4612-8 du C.T.).

C - L'inspection du travail :

L'inspecteur du travail a un pouvoir de contrôle des clauses du règlement intérieur ou de ses adjonctions (L.1322-1 du C.T.). Les militants peuvent donc lui envoyer la charte en attirant son attention sur tel ou tel point. L'inspecteur peut alors demander à l'employeur de respecter la procédure propre au règlement intérieur s'il estime que ces clauses rentrent dans son champ d'application. Si les clauses relevant du règlement intérieur sont illicites, il a également le pouvoir à tout moment d'en exiger le retrait ou la modification (L.1322-1 du C.T.).

La décision administrative de l'inspecteur du travail peut faire l'objet d'un recours hiérarchique devant le directeur régional du travail puis devant le ministre du travail, ainsi que d'un recours devant le tribunal administratif.

L'inspecteur du travail a de plus un pouvoir d'avis général sur la charte, même si celle-ci n'entre pas dans le champ d'application du règlement intérieur (L.8112-1 du C.T.). Les militants peuvent lui envoyer la charte pour lui demander de vérifier si celle-ci est licite. L'inspecteur pourra alors simplement formuler des observations en recommandant à l'employeur de retirer de la charte les clauses qui lui semblent illicites.

D - La CNIL

La CNIL peut contrôler les clauses de la charte qui créent des fichiers de données personnelles comme les alertes professionnelles. C'est elle qui délivre les autorisations en la matière. Elle est dotée de pouvoirs de sanctions administratifs et pécuniaires pouvant atteindre des centaines de milliers d'euros. Elle peut également saisir le juge des référés pour faire cesser une atteinte grave et immédiate aux libertés et droits fondamentaux. Si un dispositif d'alerte professionnelle est mis en place et vous paraît attentatoire sur certains points aux libertés et droits fondamentaux il peut donc être judicieux de saisir la CNIL, puis le TGI compétent.

E - Le droit d'alerte des délégués du personnel

L'article L.2313-2 du Code du travail crée un droit d'alerte pour les délégués du personnel lorsque ceux-ci constatent dans l'entreprise l'existence d'une discrimination, d'une atteinte à la santé physique ou mentale ou une atteinte disproportionnée à un droit ou une liberté fondamentale des salariés. Ainsi, la procédure d'alerte peut être déclenchée dès lors que le DP considère que les clauses de la charte éthique portent une atteinte disproportionnée à des droits et libertés fondamentaux.

Le DP doit saisir l'employeur de la question et celui-ci doit alors mener une enquête avec le délégué et éventuellement modifier la charte. Si la situation n'évolue pas, le délégué du personnel peut saisir le juge des prud'hommes afin qu'il ordonne « toutes mesures propres à faire cesser l'atteinte aux droits des personnes » (art. L.2313-2 du Code du travail). Attention cependant, la Cour de cassation n'a rendu qu'un seul arrêt,⁽⁷⁾ relativement restric-

tif, sur la recevabilité des demandes en justice du délégué du personnel, ce qui met un doute sur l'étendue des demandes que peut formuler un DP en justice. Il faudra donc tout de même s'interroger sur la manière dont la charte pourra être contestée par un autre biais que le droit d'alerte.

F - Les recours en justice

1 - Les différents fondements

Lorsque la charte contient des clauses relevant du domaine du règlement intérieur, il s'agit de distinguer les clauses qui sont une adjonction au règlement intérieur, des clauses qui sont une simple modalité d'application ou une interprétation du règlement intérieur.

Dans le premier cas, l'employeur doit respecter une procédure particulière (Voir ci-dessus). Si cette procédure n'a pas été respectée, il est possible de se pourvoir en justice.

Dans le cas où les clauses de la charte ne relèvent pas du domaine du règlement intérieur, il est possible de contester la charte sur le fondement :

- ▶ de l'**illégalité**. La charte est contraire aux lois, règlements et conventions collectives. Exemple : la charte porte atteinte à un droit fondamental du salarié, ne respecte pas la loi du 6 janvier 1978 modifiée qui institue notamment une procédure de déclaration/autorisation auprès de la CNIL. On pourrait également imaginer de contester une charte au motif que des sanctions ne peuvent être prises dès lors que certaines conditions n'ont pas été remplies. Par analogie avec les règles régissant la procédure disciplinaire, on pourrait en effet penser qu'aucune sanction n'est valable dès lors que la charte ne prévoit pas de droits de la défense (entretien avec le salarié...), n'établit aucune procédure de sanction, ne précise ni la nature ni l'échelle des sanctions, et ne prévoit aucune information individuelle des salariés sur les obligations mises à sa charge et sur les griefs retenus contre lui. Les recours peuvent également porter sur le non respect de la procédure d'information-consultation du CE, que l'on pourrait considérer comme une condition substantielle de la validité de la charte.
- ▶ De l'**imprécision** des clauses : lorsque les clauses sont trop floues et imprécises, elles ne permettent pas au juge d'exercer correctement son contrôle.⁽⁸⁾

2 - Les différents types de recours possibles

Recours collectif :

Les syndicats⁽⁹⁾ peuvent contester en justice la licéité d'une charte éthique (L.2132-3 du C.T.). Cette contestation sera portée devant le Tribunal de grande instance (TGI), avec constitution obligatoire d'avocat. Le syndicat pourra attaquer toute la charte ou seulement certaines clauses. Au vu du nombre de clauses illicites, le syndicat peut demander l'annulation de la charte dans son entier lorsque ces clauses constituent la substance même de la

charte (les clauses jugées non illicites ne sont que des précisions, du détail). Si tel n'est pas le cas, l'annulation de la charte ne sera que partielle : les syndicats obtiendront l'annulation de certaines clauses seulement.

Quel est l'effet d'une annulation ? Les clauses annulées seront censées n'avoir jamais existé. Elles ne seront plus opposables à aucun salarié et toutes les mesures prises jusqu'au jour du jugement définitif sur le fondement de ces clauses seront elles-mêmes annulées.

Le syndicat et/ou le CE⁽¹⁰⁾ peuvent poursuivre l'employeur devant le Tribunal de grande instance pour **entrave** au fonctionnement du CE lorsque celui-ci n'aura pas été consulté sur le projet de charte éthique. Ils obtiendront alors des dommages et intérêts pour le syndicat et/ou le CE, mais cela n'aura pas pour effet d'empêcher l'application de la charte.

Le syndicat peut contester la légalité de la Charte par une procédure d'urgence **au fond** devant le TGI, dite d'audience à jour fixe. C'est un choix dicté par l'urgence et la gravité de l'atteinte. L'avocat devra obtenir l'autorisation d'assigner auprès du président du TGI. Cela implique que les moyens de fait, de droit et de preuve puissent être immédiatement produits (art. 788 à 792 du Nouveau code de procédure civile).

Le CE et/ou le syndicat peuvent également saisir le Tribunal de grande instance en **référé** lors de la mise en place de la Charte afin d'obtenir la suspension de l'application de la charte tant que le CE n'aura pas été consulté. L'employeur devra alors consulter le CE mais cela n'aura pour effet d'empêcher que temporairement l'application de la charte : celle-ci ne sera pas annulée.

De même, il est possible de demander en référé la suspension d'un acte constituant une adjonction au règlement intérieur et qui n'a pas fait l'objet de la procédure propre au règlement intérieur.

Le juge des référés peut également être saisi par les syndicats pour « trouble manifestement illicite », si la charte est illégale (exemple : TGI Libourne, référé, 15 sept. 2005, Bsn Glasspack). Le juge pourra alors prendre les mesures nécessaires pour mettre fin à ce trouble (par exemple, il pourra ordonner le retrait de l'affichage de la charte mais il ne pourra pas annuler la charte car c'est le juge du fond qui est compétent pour cela).

La procédure de référé est une procédure rapide, mais la décision du juge n'est que provisoire. Cela signifie que l'employeur pourra décider de porter l'affaire devant le juge du fond (procédure « normale ») du TGI, qui pourra éventuellement rendre un jugement contraire à celui des référés.

Recours individuel

Un salarié qui a subi un préjudice, notamment une sanction ou un licenciement, du fait d'une charte éthique, peut saisir le **conseil de prud'hommes**. Il pourra ainsi faire valoir que la charte est illicite. S'il obtient gain de cause, les clauses illicites de la charte lui seront inopposables (c'est-à-dire ne pourront lui être appliquées), mais elles ne

seront pas pour autant elles-mêmes annulées. Cela signifie que si l'employeur ne les retire pas de lui-même, chaque salarié devra aller individuellement devant le juge prud'homal pour obtenir réparation du préjudice subi. Il est donc plus intéressant que le syndicat ou le délégué syndical tente devant le tribunal de grande instance de faire annuler les clauses litigieuses (voir recours collectif ci-dessus).

Recours devant les juridictions pénales

Si la charte contient des clauses **pénalement** répréhensibles (exemple : des dispositions discriminantes), syndicats et/ou salariés peuvent porter l'affaire devant le tribunal correctionnel. Ils obtiendront alors des dommages et intérêts et la condamnation de l'employeur à une amende pénale.

Les syndicats et le CE peuvent poursuivre l'employeur pour **entrave** au fonctionnement du CE lorsque celui-ci n'aura pas été régulièrement consulté sur le projet de charte éthique. Ils obtiendront alors des dommages et intérêts ainsi qu'une condamnation de l'employeur à une amende pénale.

Lorsque l'employeur n'a pas respecté certaines règles concernant la tenue de fichiers contenant des données à caractère personnelle, des sanctions pénales sont également prévues (Articles 226-16 et suivants du Code pénal).

Conclusion

Les Chartes éthiques ou de bonne conduite et d'alerte professionnelle s'imposant aux salariés seraient une nécessité face à l'évolution économique du monde, aux recommandations internationales (OIT, OCDE, loi Sarbanes Oxley américaine ...) aux formes modernes de gouvernance des entreprises qui tendent à s'installer (Enron, Worldcom).

La prévention des scandales financiers, les conséquences politiques, socio-économiques des graves crises du système bancaire au plan mondial, obligeront à évoluer, à instituer des mécanismes de contrôle internes et externes aux entreprises, à lutter contre la corruption.

En même temps, les entreprises prônent une plus grande transparence dans leur gestion et une gouvernance plus ouverte pour fonder leur légitimité.

La place de la publicité, du caractère moderne, de l'image que l'entreprise veut se donner au travers de ses engagements publics et des relations de travail qu'elle s'efforce de promouvoir, s'articulent avec la multiplication de ces chartes.

Ces chartes s'inscrivent dans la conception de l'entreprise moteur du progrès et vecteur essentiel dans la promotion du libéralisme économique bénéfique pour tous selon ses laudateurs.

Cette conception tend pourtant à ignorer, à supprimer, voire à combattre le progrès social, les droits des salariés au travail. Et le plus fondamental d'entre eux : celui de pouvoir vivre dignement de son emploi.

Dans cette optique la charte, acte unilatéral de l'employeur, a en arrière plan une coloration idéologique. Elle vise à faciliter l'intégration des salariés aux objectifs, aux intérêts de l'entreprise ; cela de façon plus ou moins ambiguë, habile, se parant des meilleurs sentiments.

On peut se poser la question de savoir à quelle nécessité impérieuse répond la mise en place de telles chartes. Alors que le pouvoir disciplinaire de l'employeur qui s'exprime par le règlement intérieur lui donne des moyens importants d'exercer ses prérogatives et dans un champ suffisamment large. Cela d'autant plus lorsque la charte est une adjonction au RI. Il est vrai que l'employeur ne dispose plus, comme par le passé, d'un pouvoir quasi illimité. La législation intervient pour encadrer le pouvoir disciplinaire et prendre en compte les intérêts des salariés.

Combattre ces chartes passe par la vigilance à l'égard de la préservation des libertés et des droits tant individuels que collectifs. Leur dénonciation par les élus du personnel, la popularisation auprès des salariés pour faire reculer le patronat.

Et si nécessaire saisir la justice pour obtenir l'annulation pour illégalité.

ooooo

Notes

(1) Est licite ce qui est autorisé par la loi et conforme aux règles du droit.

(2) Fédérations CGT de la Métallurgie contre Dassault Systèmes, Cassation sociale 8 décembre 2009, n° 08-17191. Voir Droit ouvrier, mai 2010, p. 248.

(3) « Les conditions de validité d'une charte d'éthique. A propos de l'affaire Dassault Systèmes ». In Semaine sociale Lamy 14 décembre 2009, n° 1425 ; 21 décembre 2009, n° 1426-1427 ; « La licéité du dispositif d'alerte » par M. Bernard ALDIGÉ, avocat général à la Cour de cassation.

(4) « Le juge et l'éthique : l'affirmation d'un contrôle (à propos des codes de conduite et alertes professionnelles », Droit ouvrier, mai 2010, n° 742 Jérôme PORTA.

(5) « Codes de bonnes conduite : des limites » par Mélanie CARLES, in NVO, 15 janvier 2010 ; « Les chartes éthiques sous contrôle du juge » par Isabelle MEYRAT, in Semaine sociale Lamy, 15 février 2010, n° 1433.

(6) Semaine sociale Lamy n° 1310, p. 55, note sous arrêt

(7) Cass. Soc. 10 décembre 1997, n° 95-42661, Euromarché Carrefour

(8) Par exemple dans l'affaire Dassault, la Cour de cassation a jugé que les informations qualifiées de confidentielles dont la divulgation par les salariés était soumise à une autorisation hiérarchique préalable, faisaient l'objet d'une définition trop imprécise, ce qui ne permettait pas au juge de vérifier que cette restriction à la liberté d'expression des salariés était nécessaire et proportionnée au but recherché (Cass. soc. 8 déc. 2009, n° 08-17191).

(9) Pour rappel : la section syndicale ne peut pas agir en justice. En revanche, syndicats et unions syndicales peuvent agir, selon les modalités définies par leurs statuts. Ces statuts devront préciser soit la personne qui peut représenter le syndicat en justice (le secrétaire général etc.), soit l'instance (bureau, Ce) qui peut donner au coup par coup mandat de représentation en justice. Voir pour plus de précisions le supplément 2 du Droit en liberté numéro 29 disponible sur le blog DLAJ.

(10) Le CE peut quant à lui agir en justice s'il a mandaté l'un de ses membres par une délibération préalable au jugement (Cass. soc. 24 janv. 1980, n° 78-12302). La délibération est faite à la majorité, mais il existe une incertitude sur le type de majorité requise. L'hypothèse de la majorité des suffrages valablement exprimés semble cependant la plus logique. Le président du CE ne peut pas participer à ce vote car le dernier concerne la collectivité des salariés. Voir pour plus de précisions Maurice Cohen, « Le droit des CE et des comités de groupe », LGDJ; Droit ouvrier, 1993, p. 284, M. Cohen, « Les règles de la majorité aux séances des CE ».

Dossier réalisé par Marie JACEK et Anaïs FERRER

Ce bulletin est le vôtre.

Avis, informations, propositions d'article : vous avez la parole...

Travailleurs mis à disposition : encore deux pas en avant !

Contre vents et marées, la Chambre sociale de la Cour de cassation poursuit sa patiente construction jurisprudentielle concernant la prise en compte des sous-traitants et autres travailleurs mis à disposition dans les effectifs de l'entreprise utilisatrice.

L'arrêt du 26 mai 2010 (SNCF c/ Sud Rail, pourvoi n° 09-60400) comporte deux apports remarquables.

Le premier porte sur les obligations de l'entreprise utilisatrice au moment de la négociation du protocole d'accord. La Cour avait déjà clairement affirmé que le donneur d'ordre devait faire en sorte de collecter et de fournir aux syndicats tous « *les éléments nécessaires au contrôle des effectifs de l'entreprise et de la régularité de la liste électorale* » (arrêt Équant du 13 mai 2009, pourvoi n° 08-60530). Mais certains employeurs continuaient à prétendre la tâche impossible, étant tributaires du bon vouloir des sous-traitants qui parfois (oh les vilains !) refusaient de donner les renseignements demandés. Qu'à cela ne tienne, la Chambre sociale leur donne la solution : « *S'agissant des salariés mis à disposition il doit, sans se borner à interroger les entreprises extérieures, fournir aux organisations syndicales les éléments DONT IL DISPOSE OU DONT IL PEUT DEMANDER JUDICIAIREMENT LA PRODUCTION PAR CES ENTREPRISES.* »

Qu'on se rassure ! Dans la plupart des cas, un coup de téléphone de DRH à DRH ou encore l'examen des relevés de contrôle d'entrée-sortie devrait permettre au donneur d'ordre de ne pas traîner ses sous-traitants en justice, acte commercialement regrettable ! Mais l'évocation de cette possibilité démontre la détermination de la Cour à faire respecter ses obligations. Elle renvoie ainsi aux oubliettes la circulaire de la DGT du 13 décembre 2008 selon laquelle une démarche – même non suivie d'effet – de l'entreprise utilisatrice à ses sous-traitants suffisait à dégager sa responsabilité.

Un autre apport essentiel de l'arrêt est la précision apportée sur le choix offert (ou imposé) aux travailleurs mis à disposition. On sait en effet que, depuis la loi du 20 août 2008, ceux d'entre eux qui remplissent les conditions d'ancienneté doivent choisir de voter dans leur entreprise OU dans l'entreprise utilisatrice.

Sur le moment du choix, ses modalités, sa portée, la loi était muette. Dans la présente espèce, la SNCF et son sous-traitant (La Pyrénéenne) s'appuyaient sur le fait que les 38 salariés concernés avaient voté dans leur entreprise deux mois avant les élections à la SNCF, pour en déduire qu'ils avaient ainsi fait implicitement leur choix et que, de toutes façons, il n'y avait pas lieu de les interroger de nouveau. Réponse cinglante de la Cour :

« Attendu que les salariés mis à disposition [remplissant les conditions nécessaires] choisissent s'ils exercent leur droit de vote dans l'entreprise qui les emploie ou dans l'entreprise utilisatrice ; que ces conditions devant être appréciées lors de l'organisation des élections dans l'entreprise utilisatrice, C'EST À CETTE DATE QUE LES SALARIÉS MIS À DISPOSITION DOIVENT ÊTRE EN MESURE D'EXERCER LEUR DROIT D'OPTION. »

Cette décision met ainsi en lumière la contradiction interne du principe même du choix imposé : les élections dans les deux entreprises se déroulent selon des calendriers différents et entre les deux échéances, la situation – individuelle ou collective – des salariés peut évoluer, conduisant ceux-ci à un choix différent.

On ne voit donc pas comment le fait de voter à un moment dans l'entreprise utilisatrice pourrait priver le travailleur de son droit de vote ultérieur dans sa propre entreprise, droit d'expression électorale que la loi ne soumet d'ailleurs à aucune condition.

Rappelons enfin la raison de fond pour laquelle la CGT condamne cette obligation de choisir : la caractéristique des travailleurs mis à disposition est de dépendre de plusieurs décideurs. Si leur employeur au sens juridique est comptable de leur salaire, de leur carrière et exerce (du moins en titre) le pouvoir disciplinaire, leurs conditions de travail et bien souvent l'avenir de leur emploi dépendent du donneur d'ordre. Leurs représentations dans les IRP des deux entreprises réfèrent donc à des objectifs différents et participent l'une ET l'autre à la mise en œuvre de leur droit constitutionnel à participer « *à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* ».

Reclassement à l'étranger : nouvelles dispositions à regarder de près

Continental, Philips et bien d'autres sociétés ont déclenché une colère légitime en proposant aux salariés des « reclassements » à l'étranger assortis de salaires dérisoires.

Cette situation a conduit le législateur à voter dans l'urgence une proposition de loi déposée en mai 2009 par deux députés du « Nouveau centre ». La loi n° 2010-499 du 18 mai 2010 apporte d'abord une précision intéressante à la notion d'emploi équivalent, en complétant l'article L.1233-4 qui devient:

« Le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé ne peut être opéré dans l'entreprise ou dans les entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient. »

Le reclassement du salarié s'effectue sur un emploi relevant de la même catégorie que celui qu'il occupe ou sur un emploi équivalent ASSORTI D'UNE RÉMUNÉRATION ÉQUIVALENTE. A défaut, et sous réserve de l'accord exprès du salarié, le reclassement s'effectue sur un emploi d'une catégorie inférieure.

Les offres de reclassement proposées au salarié sont écrites et précises. »

Mais la principale innovation est la création d'un nouvel article L.1233-4-1 ainsi rédigé :

« Lorsque l'entreprise ou le groupe auquel elle appartient est implanté hors du territoire national, l'employeur demande au salarié, préalablement au licenciement, s'il accepte de recevoir des offres de reclassement hors de ce territoire, dans chacune des implantations en cause, et sous quelles restrictions éventuelles quant aux caractéristiques des emplois offerts, notamment en matière de rémunération et de localisation.

Le salarié manifeste son accord, assorti le cas échéant des restrictions susmentionnées, pour recevoir de telles offres dans un délai de six jours ouvrables à compter de la réception de la proposition de l'employeur. L'absence de réponse vaut refus.

Les offres de reclassement hors du territoire national, qui sont écrites et précises, ne sont adressées qu'au salarié ayant accepté d'en recevoir et compte tenu des restrictions qu'il a pu exprimer. Le salarié reste libre de refuser ces offres. Le salarié auquel aucune offre n'est adressée est informé de l'absence d'offres correspondant à celles qu'il a accepté de recevoir. »

Cette disposition permet de ne plus « banaliser » les offres de reclassement au rabais hors du territoire national, qui ne sauraient être considérées comme des modalités « normales ». Elle appelle cependant plusieurs remarques critiques.

- 1) Il aurait été souhaitable que la liste de ces offres, ainsi que leurs caractéristiques soient préalablement soumises à l'information et au débat du comité d'entreprise permettant d'en apprécier collectivement le sérieux et la validité, et éventuellement, d'apporter des précisions supplémentaires aux salariés destinataires ensuite du questionnaire.
- 2) Cette nouvelle règle ne doit pas avoir pour effet de réduire les obligations de l'employeur en matière de reclassement dans l'entreprise ou dans les établissements du groupe situés sur le territoire national. La dernière phrase du nouvel article peut être source d'ambiguïté. Il aurait du être explicitement indiqué que le refus du salarié de recevoir des offres de reclassement à l'étranger ne limitait en rien les obligations de l'employeur concernant les autres propositions de reclassement.
- 3) Et surtout, cette loi valide la pratique du questionnaire préalable aux offres de reclassement que la Cour de cassation avait sanctionné en énonçant :

« Et attendu que la cour d'appel, qui a retenu que l'employeur s'était borné à adresser à l'ensemble des salariés une lettre circulaire non nominative comportant une liste des postes disponibles dans le groupe ainsi qu'un questionnaire leur demandant de préciser leurs intentions eu égard à ces postes disponibles en cochant une case prévue à cet effet, a exactement décidé que ce dernier, n'ayant pas adressé à chaque salarié une offre écrite, précise et personnalisée, n'avait pas satisfait à son obligation de reclassement et que le licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse ; » (Cass. soc. 7 juillet 2009, pourvoi n° 08-40117).

Il faudra donc veiller à ce que l'utilisation des questionnaires soit strictement limitée aux offres de reclassement à l'étranger.

LA CHARTE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE : UNE RESSOURCE À MOBILISER !

Depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, le 1er décembre 2009, la Charte des droits fondamentaux de l'UE a enfin valeur juridique contraignante (cette Charte ne devant pas être confondue avec la Charte des droits fondamentaux des travailleurs de 1989, dont elle reprend des dispositions, ni avec la Charte sociale européenne, révisée en 1996, du Conseil de l'Europe).

Le Traité de Lisbonne prévoit que :

« L'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, laquelle a la même valeur juridique que les traités.

Les dispositions de la Charte n'étendent en aucune manière les compétences de l'Union telles que définies dans les traités.

Les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte sont interprétés conformément aux dispositions générales du titre VII de la Charte régissant l'interprétation et l'application de celle-ci et en prenant dûment en considération les explications visées dans la Charte, qui indiquent les sources de ces dispositions. » (article 6-1 du Traité de l'Union Européenne).

La Charte acquiert la même valeur juridique que les traités (le Traité sur l'UE et le Traité sur le fonctionnement de l'UE) ; elle intègre le « bloc de constitutionalité » sur lequel le juge européen de l'UE (la Cour de Justice de l'Union Européenne, depuis le 1er décembre 2009) peut se prononcer. Le juge européen (CJUE) a déjà rendu une première décision en se fondant directement sur la Charte.

L'affaire porte sur un problème de discrimination liée à l'âge, dans le cadre de la législation allemande. Cette législation nationale, de 1926, ne prend pas en compte les périodes d'emploi accomplies par le salarié avant qu'il ait atteint l'âge de 25 ans pour le calcul de ses droits en matière de rupture du contrat (délai de préavis notamment). Ce texte est-il conforme au droit européen (à la directive n° 2000/78 du 27 novembre 2000 portant sur l'interdiction des discriminations liées à l'âge en particulier) ?

Cette différence de traitement est-elle justifiée ? Parmi les objectifs avancés par l'État, l'objectif de flexibilité pour l'employeur en matière d'emploi des jeunes travailleurs est admis par la CJUE (contre l'avis de l'avocat général) ; la CJUE opérant ainsi un contrôle très limité sur les objectifs de « politique sociale » présentés par l'État.

- Les moyens mis en œuvre pour atteindre les objectifs sont-ils « appropriés et nécessaires » ? La mesure est

inadaptée selon la CJUE, qui contrôle la capacité de la mesure à atteindre les objectifs avancés par l'État. En effet, selon la CJUE : le même traitement est appliqué quelque soit l'ancienneté ; il existe un défaut de renforcement de la protection en fonction de l'ancienneté ; les jeunes s'engageant tôt dans la vie active sont davantage touchés. Par conséquent, le droit de l'UE s'oppose à cette législation. Mais qu'elle est la portée effective de cette opposition ?

- Le juge interne (national) doit interpréter le droit interne à la lumière du droit européen pour atteindre le résultat prévu par ce droit (directive notamment). Cependant, une limite existe : le juge interne ne peut pas interpréter le droit interne contra legem (il ne peut pas faire dire à la loi interne le contraire de ce qu'elle dit quand celle-ci est claire ; ce qui est le cas ici pour cette loi de 1926).

Se fondant directement sur la Charte (article 21 Non-discrimination), la CJUE reconnaît l'existence d'un « Principe général du droit » (PGD) de l'UE : l'interdiction de toute discrimination fondée sur l'âge (« concrétisé par la directive »), d'application directe. Ce PGD s'applique dans le champ de compétence du droit communautaire : ici les conditions de licenciement (voir la directive n° 2000/78 du 27 novembre 2000).

La reconnaissance de ce PGD permet d'assurer un « effet direct horizontal » aux dispositions de la directive entre employeur et salarié et le juge interne peut écarter des dispositions nationales contraires (CJUE 19 janvier 2010, C-555/07, Mme Seda Küçükdeveci).

- La Charte des droits fondamentaux de l'UE est donc à lire (http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_fr.pdf) et à mobiliser, notamment devant les juridictions (à commencer par le Conseil de prud'hommes). Il en est ainsi, par exemple, en matière de droit à congés payés (voir article supra ; la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne prévoit que : « *Tout travailleurs a droit... à une période annuelle de congés payés* », article 31-2 « Conditions de travail justes et équitables », ce principe étant « concrétisé » dans l'article 7 de la directive n° 2003/88 du 4 novembre 2003).

Les dispositions de la Charte, qui s'adressent aux institutions et organes de l'Union et aux États membres quand ils mettent en œuvre le droit de l'Union (Titre VII de la Charte), offrent de nouvelles potentialités juridiques à transformer en réalités dans de nombreux domaines (droit de négociation collective et de grève, etc.).

TOUCHE PAS À MES CONGÉS PAYÉS !

Le juge communautaire (CJUE 20 janvier 2009) a modifié le régime des congés payés. Désormais, le salarié acquiert des droits à congé, même quand il est malade, même s'il a été malade pendant toute la période de référence (même quand il n'a pas du tout travaillé).

L'article L.3141-3 du Code du travail réserve le droit à un congé payé au « *salarié qui justifie avoir travaillé chez le même employeur pendant un temps équivalent à un minimum de dix jours de travail effectif* ». Or un arrêt rendu le 20 janvier 2009 par la Cour de justice des Communautés européennes (affaires n° C-350/06 et C-520/06), statuant sur le cas d'un salarié qui se trouvait depuis plus d'un an en congé pour maladie, a exclu que le droit à un congé payé puisse être subordonné à l'accomplissement d'un temps de travail effectif minimum; il est ainsi relevé, dans cette décision que « *le droit au congé annuel payé conféré par la Directive 2003/88 elle-même à tous les travailleurs [...] ne peut être subordonné par un État membre à l'obligation d'avoir effectivement travaillé pendant la période de référence établie par ledit État* ». Il est dès lors proposé de modifier l'article L. 3141-3 du code du travail qui n'est plus conforme au droit communautaire. »

Dans son rapport annuel 2009, du 15 avril 2010, la Cour de cassation suggère au gouvernement une modification législative du Code du travail, tenant compte de la Directive 93/104/CE du 23 novembre 1993, article 7, remplacée

par la Directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003 depuis le 2 août 2004

Le gouvernement français a répondu à la Cour de cassation :

« La directrice des affaires civiles et du sceau a fait savoir que le ministère du Travail est conscient de cette incompatibilité qui sera réglée à l'occasion d'une prochaine modification législative du code du travail. »

Sans attendre cette réforme législative, qui peut n'intervenir que dans plusieurs mois, les salariés malades ont droit à leurs congés payés dans leur intégralité, depuis l'arrêt du 20 janvier 2009 (le fait d'être absent pour maladie n'empêche pas l'ouverture du droit à congés payés ; les jours de maladie pendant les congés payés sont à récupérer ; etc.).

Le (la) salarié(e) doit bénéficier de l'intégralité de ses droits en matière de congés payés, en ce qui concerne la durée des congés et le montant de l'indemnité, quand il (elle) a été absent(e) pour congé maternité, pour arrêt lié à un accident du travail ou à une maladie professionnelle, en maladie, a fortiori quand l'arrêt maladie a été causé par le comportement de l'employeur. Le salarié au retour d'un congé parental doit aussi bénéficier des jours, qu'il avait acquis avant son départ, lors de sa reprise (CJUE 22 avril 2010, C-486/08).

Michel MINÉ

- ▶ **Incontournable**, rendant intelligible la complexité du droit social international et européen.
- ▶ **Actualisé**, permettant de saisir les évolutions récentes du droit social international et européen.
- ▶ **Pédagogique**, rédigé dans un langage clair et précis.

Cet ouvrage permet de le comprendre dans ses différentes branches : droit du travail, droit de la sécurité sociale ainsi que de la protection sociale de plusieurs pays européens. Ce droit inspire fortement le droit français, depuis plusieurs années, de manière de plus en plus intense ; il règle des questions, complète le droit interne et, parfois, s'y oppose (CNE, etc.).

S'appuyant sur ses différentes sources (Conventions de l'OIT, règlements et directives de l'Union européenne, jurisprudences européennes des cours de Luxembourg et de Strasbourg, chartes européennes, accords collectifs européens, etc.) et sur ses institutions, donnant la priorité à l'actualité, l'ouvrage traite :

- **des institutions** : internationales, européennes de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe ;
- **des normes** concernant le statut individuel (contrat de travail, détachement, expatriation, mobilité, temps de travail, discrimination, etc.) et les relations professionnelles (droit syndical, comité d'entreprise européen, droit de grève transnationale, etc.) ;
- **des régimes de protection sociale** en Europe.

Michel MINÉ, professeur de droit du travail au CNAM (chaire de droit social), conférencier à l'Académie de droit européen (ERA, Trèves), ancien inspecteur du travail.

Christine BOUDINEAU, professeure de droit de la sécurité sociale au CNAM (chaire de droit Social), ancienne élève de l'École Nationale Supérieure de la Sécurité Sociale

Anne LE NOUVEL, maître de conférences au CNAM (chaire de droit social), consultante et intervenante en formation, auteur juridique.

Marie MERCAT-BRUNS, maître de conférences au CNAM (chaire de droit social).

Bruno SILHOL, maître de conférences en droit privé à l'Université de Cergy - Pontoise, intervenant au CNAM (chaire de droit social), ancien inspecteur du travail.

www.editions-organisation.com
Groupe Eyrolles | Diffusion Geodif

Michel Miné
Christine BOUDINEAU | Anne LE NOUVEL
Marie MERCAT-BRUNS | Bruno SILHOL

LE DROIT SOCIAL INTERNATIONAL ET EUROPEEN EN PRATIQUE

LE DROIT SOCIAL INTERNATIONAL ET EUROPEEN en pratique

Code éditeur : 054978
ISBN : 9782212154678
9 782212 154678

30 €

EYROLLES
Éditions d'Organisation

La loi d'août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale place la démocratie dans le processus de négociation à tous les niveaux. Elle va contribuer à rendre à la négociation collective son rôle de limite et de contre-pouvoir au pouvoir unilatéral de l'employeur. La négociation collective n'aura jamais été autant en conformité avec sa définition de « *droit des salariés exercé par les syndicats* ».

Avec l'abrogation de la présomption irréfragable de représentativité, il revient aux organisations syndicales, à chaque élection professionnelle, de « *conquérir* » leur représentativité. Désormais ce sont les salariés et eux seuls qui désigneront les organisations syndicales qui les représenteront à la table des négociations et conféreront un certain poids à leur signature. Cela constitue un véritable défi pour les organisations syndicales.

Ce guide pratique propose une approche complète des règles de la négociation aux lendemains de la loi qui permettra à chaque salarié de se retrouver tant au niveau de son établissement ou de son entreprise qu'aux niveaux de la branche et de l'interprofessionnel. Il apporte des réponses claires et précises à des questions qui ne manquent pas de se poser aux salariés et à leurs représentants.

Ce guide tend à replacer la négociation collective au centre des enjeux de l'activité de la CGT pour gagner de véritables avancées sociales au plus près des revendications des salariés.

Marie-Pierre Iturrioz
Préface de **Mohammed Oussedik**
Secrétaire confédéral

Négociier pour gagner

Guide pratique
de la négociation
collective dans
le secteur privé

Version actualisée après la recodification du Code
du travail et la loi du 20 août 2008 sur la représentativité

